

Julgamento judicial posto à prova da governança pelos números¹

Le jugement judiciaire à l'épreuve de la gouvernance par les nombres

Judicial judgment put to the test of governance by numbers

Pierre Dardot ^[a] 

Paris, França

^[a] Université Paris Nanterre

Como citar: DARDOT, Pierre. Julgamento judicial posto à prova da governança pelos números. *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba: Editora PUCPRESS, v. 37, e202532657, 2025. DOI: <https://doi.org/10.1590/2965-1557.037.e202532657>

Resumo

A governança por números não é uma forma de governo entre outras: baseia-se numa qualificação estatística muito diferente da qualificação jurídica. A decisão judicial baseia-se em operações de qualificação jurídica que remetem ao jogo indefinido de interpretações. A qualificação estatística é usada para contar e não para julgar. E o julgamento judicial nessas condições? Kant distingue julgamento determinante e julgamento reflexivo: o julgamento determinante consiste em aplicar uma regra a um determinado caso, o julgamento reflexivo consiste em buscar uma regra para um

¹ A tradução é de André Duarte (UFPR), e-mail: andre.duarte@ufpr.br

[a] Pierre Dardot é filósofo e pesquisador associado à Universidade de Paris Nanterre. É coautor com Christian Laval de *La nouvelle raison du monde*. Paris: La Découverte, 2009; *Marx, prénom: Karl*. Paris: Gallimard, 2012; *Commun*. Paris: La Découverte, 2014; *Dominer*. Paris: La Découverte, 2020. Coautor com Haud Guéguen, Christian Laval et Pierre Sauvêtre de *Le choix de la guerre civile*. Montréal: Lux, 2021. É autor de *La mémoire du futur*. Montréal: Lux, 2023, e-mail: apdardot@orange.fr.

determinado caso. Mas esta dualidade não é absoluta, todo julgamento tem uma dimensão reflexiva ou interpretativa. O julgamento judicial nunca pode ser reduzido à aplicação de uma regra a um determinado caso. É por isso que o novo lugar ocupado pela inteligência artificial no exercício da justiça é altamente problemático. Com efeito, a justiça algorítmica ou “preditiva” tende a favorecer as probabilidades estatísticas em detrimento da especificidade de cada caso e da individualização das decisões. Além disso, os programadores que projetam os algoritmos são livres para introduzir múltiplos preconceitos. A questão é, portanto, a do controle público do desenvolvimento dos programas, ou seja, dos próprios algoritmos.

Palavras-chave: Governança. Qualificação jurídica. Qualificação estatística. Julgamento determinante. Julgamento reflexivo. Justiça algorítmica.

Résumé

La gouvernance par les nombres n'est pas une forme de gouvernement parmi d'autres : elle repose sur une qualification statistique très différente de la qualification juridique. La décision judiciaire repose sur des opérations de qualification juridique qui renvoient au jeu indéfini des interprétations. La qualification statistique sert à dénombrer et non à juger. Qu'en est-il dans ces conditions du jugement judiciaire ? Kant distingue jugement déterminant et jugement réfléchissant : le jugement déterminant consiste à appliquer une règle à un cas donné, le jugement réfléchissant consiste à chercher une règle pour un cas donné. Mais cette dualité n'est pas absolue, tout jugement comporte une dimension réfléchissante ou interprétative. Le jugement judiciaire ne se laisse jamais réduire à l'application d'une règle à un cas donné. C'est pourquoi la place nouvelle prise par l'intelligence artificielle dans l'exercice de la justice est hautement problématique. En effet, la justice algorithmique ou « prédictive » tend à privilégier les probabilités statistiques aux dépens de la spécificité de chaque cas et de l'individualisation des décisions. En outre, les programmeurs qui conçoivent les algorithmes sont libres d'y introduire de multiples biais. La question est donc celle du contrôle public de l'élaboration des programmes, c'est-à-dire des algorithmes eux-mêmes.

Mots-clés : Gouvernance ; qualification juridique ; qualification statistique ; jugement déterminant ; jugement réfléchissant ; justice prédictive ; justice algorithmique.

Abstract

Governance by numbers is not one form of government among others: it is based on a statistical qualification very different from legal qualification. The judicial decision is based on legal qualification operations which refer to the indefinite play of interpretations. Statistical qualification is used to count and not to judge. What about the judicial judgment in these conditions? Kant distinguishes determining judgment and reflective judgment: determining judgment consists of applying a rule to a given case, reflective judgment consists of seeking a rule for a given case. But this duality is not absolute, every judgment has a reflective or interpretive dimension. Judicial judgment can never be reduced to the application of a rule to a given case. This is why the new place taken by artificial intelligence in the exercise of justice is highly problematic. Indeed, algorithmic or “predictive” justice tends to favor statistical probabilities at the expense of the specificity of each case and the individualization of

decisions. In addition, the programmers who design the algorithms are free to introduce multiple biases. The question is therefore that of public control of the development of programs, of the algorithms themselves.

Keywords: *Governance. legal qualification. Statistical qualification. Determining judgment. Reflective judgment. Algorithmic justice.*

Do governo à “governança”

A preocupação com a enumeração como método de governo é muito antiga. Como mostrou Foucault, o governo pastoral dos séculos III-IV procede por enumeração para fins de totalização (*omnes e singulatim*, literalmente, “todos e individualmente”). Esta forma de governamento é como o prelúdio do Estado pastoral moderno: tal como o pastor conta todas as ovelhas do seu rebanho de manhã e à noite, vigiando cada uma delas, também o Estado pastoral moderno opera por enumeração e por serialização, garantindo ao mesmo tempo o destino de cada pessoa considerada em particular. Deste ponto de vista, a estatística enquanto “conhecimento do Estado” adquire uma importância decisiva ao revelar uma “distribuição dos casos” ao nível da população (por exemplo, para a avaliação dos riscos de mortalidade causados por tal ou qual doença).² Mas governança não é o governo. Aparecido no século XIII para designar a arte de governar, o termo “governança” voltou à língua francesa com um novo significado. Na década de 1990, esse termo foi adotado porque tem a vantagem de tomar emprestado a lógica do consenso entre atores não estatais, mais fluida e flexível do que aquela que rege as ações de um “governo”, supostamente favorecedor da centralização e da hierarquia.³ É um processo de tomada de decisão que escapa convenientemente a qualquer formalização. Transposto para o campo da política, refere-se a uma decisão isolada de qualquer deliberação pública sobre as questões reais e reduzida a um simples acordo técnico entre atores já informados. A “governança” reduz a vida pública à gestão ou administração, eliminando a política, o conflito e a deliberação sobre valores ou fins comuns.

Que consequências este modelo tem para o julgamento judicial? E porque falar não de governança em geral, mas sim de governança pelos números? Estas são as perguntas que gostaríamos de propor.

Julgando e contando

O que está em jogo é a operação de qualificação, que envolve sempre relacionar os fatos com categorias de pensamento. Mas, como bem salienta Alain Supiot⁴, a qualificação não é realizada, em princípio, da mesma forma pelo advogado e pelo estatístico. A decisão judicial é baseada em operações prévias de qualificação jurídica. Por exemplo, o juiz que deve decidir se o suicídio de um empregado no domicílio pode ser qualificado como acidente de trabalho é levado a questionar e possivelmente alterar a noção de acidente de trabalho. Tal como está estabelecido na lei, esta noção pode implicar que este acidente ocorra no próprio local de trabalho (coordenada espacial) ou, pelo menos, num momento em que o trabalhador se encontra sob a subordinação direta do empregador (coordenada temporal). O juiz, neste caso o Tribunal de Cassação, reelaborou esta noção quando decidiu, em sentença datada de 22 de fevereiro de 2007, que “um acidente ocorrido num momento em que o empregado não está mais sob a subordinação do empregador constitui um acidente de trabalho assim que o empregado comprovar que ocorreu em decorrência do trabalho.” Este mesmo acórdão qualifica como “culpa indesculpável” a omissão do empregador em tomar as medidas necessárias para evitar a deterioração das relações de trabalho na origem deste suicídio, abrindo assim a porta às viúvas e aos órfãos o direito à

² Michel Foucault, *Sécurité, Territoire, Population*, Paris : Hautes Études Gallimard Seuil, 2004, p. 62, 104, 107-108, 280.

³ Sobre isso ver Dardot, P. e Laval, C. *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo : Boitempo, 2016. Tradução de Mariana Echalar. Especialmente « O governo empresarial », « Da ‘governança de empresa’ à ‘governança de Estado’ ».

⁴ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*. Paris: Fayard/Pluriel, 2020, p. 197.

reparação integral dos seus danos.⁵ Este exemplo é muito instrutivo na medida em que mostra que a qualificação jurídica não pode ser reduzida ao caminho direto de subsumir um caso a uma regra⁶, de acordo com o modelo de julgamento estabelecido por Kant na *Crítica da Razão Pura*: “um médico, um juiz, ou um político podem conhecer um grande número de regras, mas falhar na sua aplicação porque, embora possam perceber o universal *in abstracto*, não têm a capacidade de discernir se um caso singular se enquadra nelas *in concreto*.⁷ Subsumir é aplicar um universal a um caso singular e o julgamento que consiste em fazer esta aplicação é um “julgamento determinante”, para usar os termos de Kant. Até Kant reduzíamos o julgamento a um ato predicativo (dando um predicado a um sujeito); com ele substituímos a atribuição por subsunção, ou seja, o ato pelo qual um caso é “colocado sob” uma regra (subsunção significa “colocar sob” uma regra). No caso do acidente de trabalho objeto de acórdão do Tribunal de Cassação, a aplicação da categoria jurídica de acidente de trabalho (portanto, a subsunção deste acidente nesta categoria) exige o seu alargamento, na medida em que estabelece um nexo de causalidade entre o acidente e o trabalho sobre a relação do acidente com o tempo de trabalho prestado sob a direção do empregador. Além disso, ao introduzir uma segunda qualificação, a de “culpa indesculpável”, atribui a responsabilidade do empregador ao facto de não ter agido previamente, de forma preventiva, para evitar que as condições de trabalho conduzissem ao suicídio do trabalhador. A causalidade se duplica então: é a causalidade direta entre o trabalho e o acidente de trabalho e, ao mesmo tempo, é a causalidade entre a negligência do empregador e a deterioração das condições de trabalho que levou ao acidente e, portanto, a causalidade indireta entre a negligência do empregador e o acidente de trabalho. Vemos que a aplicação da regra ao caso ocorre às custas de uma interpretação do caso que aqui requer um reexame da regra. A sentença judicial é uma decisão que nunca se reduz à simples aplicação de uma determinada regra. Entendemos ainda que as reservas feitas pelo juiz decorrem de um debate contraditório entre as partes no julgamento e são suscetíveis de ser objeto de um novo debate contraditório perante o tribunal de recurso ou o Tribunal de Cassação. Nesse sentido, a qualificação jurídica permanece indefinidamente aberta à interpretação.

Voltemos agora à qualificação estatística, que é mais difícil de apreender na medida em que não está sujeita a regras processuais comparáveis às da qualificação jurídica. No entanto, essa qualificação estatística continua a ser um passo essencial no estabelecimento da imagem estatística dos factos sociais, porque só podemos quantificar o que qualificamos anteriormente. Só podemos agregar elementos heterogêneos no mesmo conjunto contável se primeiro definirmos o que estamos contando. Se tomarmos o exemplo de Supiot, devemos primeiro distinguir maçãs de peras ou ameixas para podermos contá-las. Em outras palavras, a qualificação dos objetos do cálculo contabilístico refere-se a um padrão de julgamento que escapa a esse cálculo ao mesmo tempo em que o torna possível. Em certos casos, a qualificação estatística substitui diretamente a qualificação legal, por exemplo, para contabilizar acidentes de trabalho ou a população de um determinado país. Noutros casos, atribuem-se categorias próprias, mesmo que estas se espalhem pelo campo jurídico, como foi o caso da categoria de “desempregados”, inventada com o desenvolvimento das estatísticas do trabalho no final do século XIX. Em todos estes casos trata-se de considerar dados heterogêneos como equivalentes do ponto de vista da contagem (o que chamamos de “convenções de

⁵ *Ibid.*

⁶ Em lógica, subsumir significa ‘colocar sob’.

⁷ Kant, I. *Critique de la raison pure in Œuvres philosophiques*, I, Paris: Gallimard, La Pléiade, 1980, p. 881-882.

equivalência").⁸ O estabelecimento destas convenções pode dar origem a controvérsias tão vivas como as que ocorrem num tribunal. Resta, como aponta Supiot⁹, que esse trabalho de qualificação difere em dois pontos essenciais daquele de um juiz. Em primeiro lugar, a qualificação estatística não está sujeita ao que se chama no processo de *princípio do contraditório*, ou seja, a obrigação imposta ao juiz de decidir apenas sobre elementos de prova que todas as partes no julgamento devem poder discutir (ver artigo 447 do código de processo penal que estabelece que o juiz só pode basear a sua decisão em provas que lhe sejam apresentadas durante os debates e contradicoratoriamente discutidas perante ele). Na ausência de tal princípio, não existe nenhum procedimento regulamentado que permita contestar a qualificação estatística. Em segundo lugar, uma vez estabelecida, esta qualificação não serve para julgar, mas apenas para contar, ou seja, para fixar os fatos em questão em números e não para formar afirmações dotadas de reflexividade. Mas o que permanece em todos os casos é a impossibilidade de separar uma operação de contagem de qualquer referência a um juízo de valor que seja qualitativo e apoie a demonstração.

A transformação do sentido da subordinação do trabalho

Até agora, sob o regime fordista, o contrato de trabalho apresentava-se como uma troca quantificada (um certo número de horas de trabalho contra uma certa quantidade de dinheiro pago como salário) e nesta economia do contrato o próprio trabalho era reduzido a um valor quantificado, isto é, “o tempo durante o qual o trabalhador está à disposição do empregador e cumpre as suas diretivas sem poder exercer livremente ocupações pessoais”, para usar a redação do Código do Trabalho.¹⁰ Esta redução do trabalho ao seu valor de troca tem a função de reduzir a diversidade qualitativa das atividades humanas a quantidades comensuráveis de tempo e dinheiro.¹¹ A transformação que testemunhamos nos últimos 30 anos é ainda mais impressionante. Com efeito, o refluxo da troca quantificada, característica do contrato, permite evidenciar um novo tipo de dependência do trabalhador face ao empregador que consiste em substituir a relação comando-obediência por programação. A gestão por objetivos e a gestão participativa não deixam de afetar uma mudança no significado da subordinação. Este novo tipo de relação de subordinação caracteriza-se pela obrigação imposta a cada trabalhador de se mobilizar para satisfazer as expectativas do empregador, ou seja, de estar sempre *disponível* e *receptivo*. Para o trabalhador, já não se trata de cumprir as ordens que lhe são dadas num prazo previamente acordado, mas de demonstrar “capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe chegam para atingir os objetivos atribuídos pelo programa”¹², sinais que expressam diretamente as necessidades do mercado. A disponibilidade e a capacidade de resposta são, portanto, as duas faces, passiva e ativa, da mobilização total das pessoas. Examinemos sucessivamente estes dois aspectos complementares, os quais introduzem uma nova indeterminação dos termos da troca contratual.¹³

⁸ *Ibid.*, p. 197.

⁹ Supiot, *La Gouvernance par les noms*, *op.cit.*, p. 198-199.

¹⁰ *Código do Trabalho*, art. L. 3121-1, citado por Supiot, *op.cit.*, p. 486, nota 2.

¹¹ A comensurabilidade entre atividades qualitativamente diferentes já era o problema de Marx no capítulo I de *O Capital*, mas ele não o resolvia fazendo do valor o fundamento do valor de troca.

¹² *Código do Trabalho*, *op.cit.*, p. 491.

¹³ *Ibid.*, p. 491, *seq.*

A disponibilidade resulta numa certa indeterminação das *condições* de trabalho. Um exemplo desta indeterminação pode ser encontrado nos contratos de “zero horas”, expressão genérica que abrange situações em que um trabalhador se compromete a estar à disposição de um empregador, que permanece livre para definir o número e o horário de trabalho que será executado e pago. Inventados num contexto de redução dos subsídios de desemprego, estes contratos cresceram rapidamente a tal ponto que colocaram um problema de qualificação jurídica. A questão básica é se um contrato puro de zero horas, ou seja, que não inclui quaisquer horas de trabalho mínimas garantidas, ainda é um contrato. O código civil francês consideraria tal contrato nulo, uma vez que o empregador não está obrigado a nada, segundo o regime de direito consuetudinário que define o contrato como uma troca que envolve uma contrapartida com valor econômico. Em princípio, o contrato só pode ser modificado por acordo mútuo das partes. Até 1996 era a interpretação da vontade das partes que estabelecia o limite ao poder de uma parte para dirigir as atividades da outra. Em 1996 o Tribunal de Cassação renunciou à interpretação da vontade *subjetiva* das partes em favor de uma definição *objetiva* do poder de gestão do empregador: este último não tem o direito de modificar unilateralmente o contrato, mas pode impor qualquer tipo de modificação das condições de trabalho do trabalhador, porque a fixação dessas condições é da sua competência de gestão. No seu acórdão, o Tribunal de Cassação decidiu que a recusa por parte de um trabalhador de uma alteração das suas condições de trabalho decidida pelo empregador expõe este trabalhador à demissão por falta grave (sem aviso prévio ou indenização). O contrato de trabalho implica assim a aceitação *antecipada* por parte do trabalhador das alterações das condições de trabalho decididas pelo empregador.

A capacidade de resposta se traduz na indeterminação das *operações* de trabalho. Nas novas formas de organização do trabalho, este é orientado pelos resultados a alcançar (o que se chama de “gestão por objetivos”). Essa lógica implica três coisas. Em primeiro lugar, a fixação de objetivos cabe ao poder de gestão do empregador e, sob certas condições, são oponíveis ao trabalhador: devem ter sido levados ao seu conhecimento, ser razoáveis e compatíveis com o mercado, e o trabalhador deve ser formado e qualificado para cumprir sua missão. A seguir, a avaliação do cumprimento dos objetivos adquire a dignidade de um verdadeiro ritual. Por fim, a força jurídica dos objetivos é limitada na medida em que o contrato de trabalho impõe ao trabalhador uma obrigação de meios e não de resultado. Resta que a não concretização dos objetivos não é desprovida de efeitos, uma vez que poderia justificar uma redução salarial. A redução da remuneração pode, desta forma, resultar da revisão unilateral pelo empregador dos objetivos atribuídos ao trabalhador. O Tribunal de Cassação reconhece tal direito uma vez que “o contrato de trabalho estipulava que a determinação dos objetivos que condicionam a remuneração variável do trabalhador cabia ao poder de gestão do empregador”.¹⁴ Tal cláusula permite, portanto, ao empregador reduzir a remuneração sem ter de renegociar o contrato e sem entrar em território disciplinar onde tal redução do salário correria o risco de ser considerada uma sanção proibida.

Um bom exemplo da situação a que a extensão de tal lógica pode reduzir o trabalhador é-nos dado pelo contrato denominado “honorários” no Chile. Trata-se de um contrato que dá origem à prestação de serviços mediante remuneração, mas que não implica formalmente qualquer dependência, subordinação ou submissão a um empregador. Contudo, esta situação pode comprometer o empregado com um resultado do qual depende a remuneração, o que praticamente significa dependência e subordinação. Tal contrato não

¹⁴ Citado por Supiot, *op.cit.*, p. 506, nota 51.

está abrangido pelo Código do Trabalho, o que permite contornar os seus condicionalismos, mas sim pelo Código Civil, mais precisamente pela parte deste Código que diz respeito às profissões liberais. É extremamente preocupante que a utilização deste tipo de contrato se espalhe cada vez mais dentro do próprio Estado.

O que concluir? O que escapa ao poder de gestão do empregador não é “a vida pessoal do trabalhador”¹⁵ - contrariamente à terminologia enganosa do Tribunal de Cassação, trata-se das escolhas da vida privada; por outro lado, o que tem sido consideravelmente reforçado pela gestão por objetivos é a influência sobre a pessoa do empregado devido ao aumento do engajamento de sua pessoa. O precedente judicial constituído por este acórdão levanta a questão de saber em que deve agora basear-se o julgamento em matéria de direito do trabalho: na vontade de ambas as partes, expressa nos termos do contrato de trabalho, ou no direito do empregador de alterar o termos deste contrato em virtude de um poder de gestão objetivamente definido.

Julgamento determinante e julgamento reflexionante

Para compreender o que está em jogo nesta questão é necessário regressar à especificidade da sentença judicial entendida não apenas como uma proposição, mas sobretudo como um ato: a sentença proferida no final de um julgamento exprime-se, sem dúvida, na forma final de uma proposição, mas resulta de uma atividade muito complexa. Num capítulo de *Le Juste 1*, sobriamente intitulado “O ato de julgar”, Paul Ricoeur esboça uma fenomenologia do ato de julgar. Ele argumenta que esse ato se esclarece a partir da dupla relação que mantém com a lei. Por um lado, parece simplesmente aplicar a lei a um caso, o que Kant chama de julgamento “determinante”. Mas, por outro lado, consiste numa interpretação da lei na medida em que nenhum caso se reduz à exemplificação de uma regra. Na linguagem de Kant podemos, portanto, dizer que este ato envolve um julgamento “reflexivo”, este último consistindo na procura de uma regra para um novo caso. Julgar é na maioria das vezes colocar um caso singular sob uma regra, quando conhecemos melhor a regra do que a sua aplicação. Mas, acrescenta Ricoeur imediatamente a seguir, é também procurar uma regra para o caso quando conhecemos o caso melhor do que a regra: é precisamente nisso que consiste o julgamento reflexivo para Kant.

Ao fazê-lo, Ricoeur reconhece a Kant o mérito de ter realizado uma duplicação da ideia de subsunção, em que reside a grande novidade da *Crítica da Faculdade de Julgar*: na *Crítica da Razão Pura*, a subsunção procede de alguma forma “de cima para baixo”, isto é, da regra para o fato da experiência; a *terceira Crítica* coloca-se na hipótese de uma operação inversa de subsunção: desta vez, para um determinado caso procuramos a regra apropriada sob a qual colocar a experiência singular, de modo que a operação de subsunção proceda, de certa forma, “de baixo para cima”.¹⁶ Na parte IV da Primeira Introdução à *Crítica da Faculdade de Julgar*, Kant afirma de fato que a faculdade de julgar não é apenas um poder de subsumir o particular ao universal (cujo conceito é dado), mas é também, *inversamente*, o poder de encontrar para um dado particular o universal que lhe corresponde.¹⁷ Nesta passagem, estaríamos enganados se quiséssemos opor a “subsunção” à “descoberta”: porque encontrar o universal pelo particular também é subsunção, mas

¹⁵ *Ibid.*, p. 507, nota 53.

¹⁶ Ricoeur, P. *Le juste 1*. Paris: Seuil, 2020, p. 190-191.

¹⁷ Kant, I. *Critique de la faculté de juger*. Primeira Introdução. Paris: Gallimard, 2000, p. 100.

de uma maneira diferente. Simplesmente, devemos distinguir entre subsunção sob um universal já dado e subsunção sob um universal a ser encontrado visto que não estava dado.

O mais importante é compreender que estes dois tipos de julgamento não devem ser colocados um contra o outro. Hans-Georg Gadamer está certo ao enfatizar que a distinção entre julgamento determinante e julgamento reflexivo “não é absoluta”.¹⁸ Certamente, Kant faz do juízo de gosto, ou juízo estético puro, um juízo reflexivo e sabemos que este juízo reivindica apenas universalidade subjetiva, ao contrário do juízo de conhecimento que se caracteriza pela sua universalidade objetiva. Mas, como observa ainda Gadamer, “o caso singular que põe em movimento a faculdade de julgar nunca é um caso puro e simples; nunca se reduz completamente à particularização de uma lei ou de um conceito geral. Pelo contrário, nunca deixa de ser um “caso individual”, e é significativo que falemos dele como um caso particular, um caso à parte, pela razão de não estar completamente abrangido pela regra. Qualquer julgamento feito sobre algo cuja individualidade concreta temos em mente é estritamente um julgamento feito sobre um caso à parte. O que não significa outra coisa senão isto: a apreciação do caso não se limita à simples aplicação do critério de generalidade segundo o qual ele ocorre, ela própria contribui para determiná-lo, para completá-lo e para retificá-lo.”¹⁹ Isto se verifica no exemplo dado acima do acórdão de 2007 sobre o suicídio de um empregado: o juiz subsumiu o caso singular à norma (a categoria de acidente de trabalho) reinterpretando a própria norma, ou seja, ampliando-a para além das estritas coordenadas espaço-temporais dentro das quais era válida até então. De maneira mais geral, isto é confirmado pela função que é a de julgar em matéria de jurisprudência, pois nesta área nunca se trata apenas da aplicação concreta de princípios gerais. O juiz não se limita a aplicar o direito *in concreto*, ele contribui através da sua sentença para o desenvolvimento do direito (*Richterrecht*): o direito continua a desenvolver-se graças à produtividade de casos particulares. O próprio Kant reconhece que “não é sempre que os exemplos cumprem adequadamente (*casus in terminis*) a condição estabelecida na regra.”²⁰ O mais comum é que o caso tomado como exemplo seja diferente daquele que corresponderia apenas a esta regra.²¹ Por outras palavras, uma vez que o exemplo ultrapassa sempre ou excede mais ou menos a regra de que é exemplo, devemos reconhecer uma produtividade na faculdade de julgar e, portanto, uma dimensão *reflexionante* inerente a qualquer ato de julgar.

Esta dimensão é decisiva e irredutível no julgamento judicial. Como diz Paul Ricoeur, com razão, “o silogismo jurídico não pode ser reduzido ao caminho direto da subsunção de um caso a uma regra, mas deve também satisfazer o reconhecimento da natureza apropriada da aplicação de tal norma em tal caso.”²² Porque “a aplicação de uma norma é uma operação muito complexa onde a interpretação dos fatos e a interpretação da norma se condicionam mutuamente, antes de conduzir à qualificação pela qual se diz que tal comportamento presumivelmente criminoso se enquadra nessa norma que se diz ter sido violada.”²³

¹⁸ Gadamer, H. *Vérité et méthode*. Paris: Seuil, 1996, p. 56.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Kant, *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, p. 882.

²¹ H. Gadamer, *op. cit.*, p. 55.

²² P. Ricoeur, *Le juste 1*, Seuil Essais, p. 234.

²³ *Ibid.*, p. 235.

Como diz novamente Ricoeur, “dizer que a é um caso particular de D já é decidir que o silogismo jurídico é válido para ele. O silogismo é jurídico e não simplesmente prático, pois a própria subsunção é problemática.”²⁴

Justiça algorítmica?

O novo lugar ocupado pela inteligência artificial nos modos contemporâneos de governança coloca novos problemas a este respeito, na medida em que vai muito além da simples desmaterialização dos serviços e das relações entre administradores e administrados. Marca uma ruptura qualitativa e quantitativa, indo cada vez mais ao ponto de apoiar a tomada de decisão humana e, em certos casos, de a substituir. Mas, o que pensar da tomada de decisão assistida por computador? Deveríamos chegar ao ponto de falar de “decisão por computador” colocada a serviço da tomada de decisão humana, chegando mesmo, por vezes, ao ponto de a substituir?

O que está surgindo é a possibilidade de “juízes aumentados”²⁵ decidirem disputas com base em dados fornecidos por algoritmos: “Para produzir seus resultados, os algoritmos processariam centenas de decisões judiciais proferidas em casos semelhantes ou assemelhados para deduzir a decisão que deveria logicamente ser proferida pelo magistrado.”²⁶ As expressões justiça “preditiva”, “previsível”, “analítica”, “quantitativa”, “estatística” ou “simulativa” tendem a tornar-se cada vez mais prevalecentes. A capacidade de autoaprendizagem dos algoritmos os torna suscetíveis de melhorias à medida que aumenta a quantidade de informações que processam. Alguns investigadores e criadores de *start-ups* conseguiram desenvolver algoritmos que permitem aos computadores tomar decisões legais, em princípio, “como fariam os magistrados humanos”. A justificação para esta algoritmização é que ela pouparia tempo e recursos num contexto de crescente precariedade da justiça. A evolução da prática judicial nos EUA indica até onde pode ir a justiça preditiva ou algorítmica: em muitos estados deste país, os procuradores já utilizam algoritmos para medir a probabilidade de condenar determinados suspeitos com base nas provas recolhidas e não hesitam em abandonar as acusações se o resultado da acusação for demasiado incerto. Da mesma forma, o software Compas determina a prisão preventiva e a liberdade condicional produzindo, através de uma mistura de critérios, uma “pontuação” numa escala de 1 a 10 (1 correspondendo a um risco muito baixo de reincidência, 10 a um risco de reincidência muito elevado).²⁷

O problema é que os vereditos proferidos pelos juízes resultam de silogismos judiciais que não são redutíveis, como vimos, à simples aplicação de uma categoria jurídica unívoca a fatos singulares que não necessitam ser interpretados. Segundo a doutrina legalista da “Exegese” (2.ª metade do século XIX) cada lei tinha apenas um sentido, pelo que o juiz teria apenas de identificar este sentido independentemente de

²⁴ *Ibid.* O sublinhado é nosso.

²⁵ A expressão francesa “juízes aumentados” é entendida por analogia com a expressão “homem aumentado”, que designa o ser humano incrementado pela tecnologia e, em particular, pela inteligência artificial. Portanto, juízes aumentados são juízes cujas capacidades de julgamento são aumentadas graças à IA. Obviamente, isto se resume à ideologia porque é duvidoso que a sua capacidade de julgamento seja realmente aumentada...

²⁶ Barraud, Boris. « Algorithmes et décisions de justice » [7], in *Algorithmes et décisions publiques*. Dirigido por Gilles Rouet. Paris: CNRS Editions, 2019. (Disponível na internet: <http://books.openedition.org/editionscnrs/46182>.)

²⁷ *Ibid.* [17]

qualquer decisão: com efeito, a unicidade de sentido exclui toda decisão relativa ao sentido. Se a decisão judicial fosse resultado de um silogismo perfeito, poderíamos esperar que um algoritmo fosse capaz de tomar tal decisão. Mas os fatos invalidaram em grande parte a visão do juiz como “escravo” do legislador, simples executor sem qualquer margem de manobra e limitando-se a implementar o método do silogismo como um autômato. Na França, a Escola da “livre interpretação” teve precedência no século XX sobre aquela da Exegese, que condenava o juiz à aplicação de um texto de direito supostamente inequívoco: os juízes não se abstêm de julgar a própria lei, de modo que o bom juiz é menos aquele que aplica escrupulosamente a lei, mas aquele que a adapta ao estado atual da sociedade e às especificidades de cada disputa.²⁸ Esta exigência de adaptação aplica-se particularmente à justiça penal (correcional ou criminal): é difícil ver veredictos e sentenças fixadas por computador serem facilmente aceitas quando o júri de avaliação foi criado para deixar claro o fato de que os arguidos são julgados pelo povo, quer dizer, democraticamente. Mas esta exigência de adaptação aplica-se também a questões de justiça civil e administrativa, onde a exigência de ter em conta as especificidades de cada caso e individualizar as decisões é absolutamente essencial. Mais uma vez, esbarramos na irredutível dimensão reflexionante do julgamento judicial.

Finalmente, a questão mais séria é a da concepção dos próprios algoritmos: uma vez que os algoritmos se tornam essenciais para o processo de tomada de decisão, os programadores têm total liberdade para introduzir compromissos e preconceitos discriminatórios no próprio código. Ora, o código é a lei (“*Code is law*”), segundo a famosa expressão de Lawrence Lessig, o que significa que os programadores têm um poder imenso, mesmo que não tenham sido iniciados na técnica do direito nem na sua filosofia. Nestas condições, é fundamental garantir que o controle público e a avaliação dos algoritmos sejam implementados, tanto do ponto de vista dos magistrados como dos litigantes e de toda a sociedade. Esta avaliação, que implica que o próprio funcionamento dos algoritmos seja público, deverá ser feita de forma contraditória e independente, de modo a poder reconfigurá-los de acordo com as críticas e propostas apresentadas. A horizontalidade e a participação devem prevalecer sobre a verticalidade administrativa, mesmo no desenvolvimento de ferramentas.

Sociedade de controle e “governamentalidade algorítmica”

A utilização cada vez mais massiva da IA levanta problemas fundamentais em múltiplas áreas, sendo as mais preocupantes as problemáticas ligadas à aplicação de algoritmos no domínio soberano: policiamento preventivo, justiça algorítmica, controle de fronteiras, reconhecimento facial no espaço público para fins de tecno-segurança, são suscetíveis de se tornarem ferramentas para amplificar a discriminação e aniquilar os direitos humanos fundamentais.²⁹ Em apenas alguns anos, os usos da tecnosegurança desenvolveram-se a uma velocidade exponencial. Aparecem dois riscos principais. O primeiro é a captura massiva, abusiva e, por vezes, ilegal, de dados biométricos para criar megabancos de vigilância. Esta é a promessa comercial da start-up *Clearview*, sem o consentimento do pessoal da IA, que afirma ter mais de 10 milhões de fotos retiradas diretamente da web e das redes sociais para depois revendê-las às autoridades americanas ou à armada ucraniana. O outro perigo é o de amplificar mecanicamente certos preconceitos racistas e discriminatórios automatizados na justiça ou algoritmos policiais preditivos que prometem prever

²⁸ *Ibid.* [13].

²⁹ Mhalla, Asma. *Technopolitique. Comment la technologie fait de nous des soldats*. Paris: Seuil, 2024, p. 91.

crimes antecipadamente, como o *PredPol*, agora banido pela polícia de Los Angeles (LAPD) após numerosos escândalos, mas que mais tarde reapareceu em Nova Jersey como *Geolítica*.³⁰

A utilização securitária de novas tecnologias contribui ativamente para moldar novas normas que são internalizadas pelos indivíduos e que estão incorporadas naquilo que Deleuze chamou no seu pós-escrito de 1990 de “sociedades de controle”³¹: este controle é hoje articulado em torno dos dados, do cálculo estatístico e preditivo. Pesquisadores como Antoinette Rouvroy e Thomas Berns propuseram chamar esta nova governamentalidade de “governamentalidade algorítmica”.³² Segundo A. Mhalla, tal governamentalidade pressuporia um novo regime de verdade postulando que cada indivíduo é, via de regra, potencialmente culpado até prova em contrário, justificando assim a vigilância generalizada à procura do primeiro sinal suspeito. Passamos da prevenção à previsão por meio de soluções de pontuação (*scoring*) e criação de perfil (*profiling*) que reduzem a complexidade de casos específicos a simples linhas de código. Dessa forma, inicia-se uma inversão da norma em novas lógicas baseadas na suspeita e no feixe não mais de evidências, mas de sinais algorítmicos.³³

³⁰ *Ibid.*, p. 219.

³¹ Deleuze, Gilles. « Postscriptum sur les sociétés de contrôle », maio de 1990, in *Pourparlers 1972-1990*, Paris: Les Editions de Minuit, 1990.

³² Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d’émancipation. Le disparate comme condition d’individuation par la relation ? », *Réseaux*, 177 (1), 2013, p. 163-196. (Citado por A. Mhalla, *op.cit.*, p. 274, note 52).

³³ *Ibid.*, p. 221.

Referências

BARRAUD, Boris. "Algorithmes et décisions de justice", in *Algorithmes et décisions publiques*. Dirigido por Gilles Rouet. Paris: CNRS Editions, 2019. (Disponível em linha:

<http://books.openedition.org/editionsrnrs/46182>.)

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. Tradução de Mariana Echalar.

DELEUZE, Gilles. « Postscriptum sur les sociétés de contrôle », maio de 1990, in *Pourparlers 1972-1990*, Paris: Les Editions de Minuit, 1990.

FOUCAULT, Michel. *Sécurité, Territoire, Population*, Paris: Hautes Études Gallimard Seuil, 2004.

GADAMER, Hans. *Vérité et méthode*. Paris: Seuil, 1996.

KANT, Immanuel. *Critique de la raison pure* in *Œuvres philosophiques*, I, Paris: Gallimard, La Pléiade, 1980.

KANT, Immanuel. *Critique de la faculté de juger*. Primeira Introdução. Paris: Gallimard, 2000.

MHALLA, Asma. *Technopolitique. Comment la technologie fait de nous des soldats*. Paris: Seuil, 2024.

RICOUER, Paul. *Le juste 1*. Paris: Seuil, 2020.

ROUVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation?. *Réseaux*, v. 177, n. 1, 2013.

SUPIOT, Alain. *La Gouvernance par les nombres*. Paris: Fayard, 2015.

Editores responsáveis: Léo Peruzzo Júnior e Jelson Oliveira.

RECEBIDO: 24/02/2025

RECEIVED: 02/24/2025

APROVADO: 24/02/2025

APPROVED: 02/24/2025

PUBLICADO: 02/05/2025

PUBLISHED: 05/02/2025